

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La prise en compte du tiers virtuel par le droit belge

Fierens, Jacques

Published in:

@mours virtuelles. Conjugalité et internet

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2010, La prise en compte du tiers virtuel par le droit belge. Dans J Marquet & C Janssen (eds), *@mours virtuelles. Conjugalité et internet*. Académia Bruylant, Louvain-la-Neuve, p. 189-204.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PRISE EN COMPTE DU TIERS VIRTUEL PAR LE DROIT BELGE

Jacques Fierens¹

Dans cet article, on s'attache spécialement aux éventuelles transformations des modalités du contrôle social des relations virtuelles. À cet égard, le droit n'est-il pas le plus éminent des systèmes normatifs, voire, dans les démocraties du moins, un des plus efficaces ? N'est-ce pas à lui qu'il revient de fixer les limites de la liberté entendue au sens contemporain, quoiqu'approximatif, d'« autonomie de la volonté » ? Chacun n'a-t-il pas le droit d'agir à sa guise tant que les bornes posées par la norme juridique ne sont pas atteintes ?

Dans un premier temps, on cherchera où se situent ces limites, appliquées à notre sujet. Elles n'apparaîtront qu'aux confins de ce qui ressemble d'abord à un désert juridique. Le droit belge et le droit international applicable en Belgique refusent en effet clairement d'encadrer la relation avec le tiers virtuel, à quelques exceptions près, justifiées par la défense des enfants ou par le respect des « bonnes mœurs ». Cet encadrement se manifeste alors par le recours à la menace pénale. L'ineffectivité de celle-ci révélera toutefois à quel point le droit est... maladroît, voire impuissant, dans ce domaine.

On s'attendrait par ailleurs à ce que les relations qu'une personne mariée entretient éventuellement avec quelqu'un d'autre que son conjoint, par la voie des nouvelles techniques de communication, soient juridiquement sanctionnées, dès lors qu'elles constitueraient un manquement aux obligations issues du mariage, spécialement au devoir de fidélité. Cette fois, nous verrons qu'il n'en est rien et que le Code ment sur son identité et sur ses qualités comme le premier internaute venu, quand il affirme que les époux se doivent fidélité tout en privant la norme de sanction directe, même théorique. Thomas d'Aquin, Kant et

1. Avocat, professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur) et à l'Université de Liège (Belgique). E-mail: jacques.fierens@fundp.ac.be

tous les autres ont pourtant dit et redit qu'un droit dépourvu de sanction externe n'en est pas un².

Dans un deuxième temps, on s'interrogera sur les raisons de cette quasi-absence de normativité en se demandant quelles figures de l'enfant, de l'adulte et du couple se dessinent derrière les impuissances et les mensonges du droit, et si notre problématique n'est pas l'occasion d'apercevoir les comportements que la règle juridique encourage vraiment en matière de relations de couple, sans oser le dire tout haut.

Dans cette deuxième partie, on tentera aussi d'attirer l'attention sur les difficultés récurrentes suscitées par la conception de l'individu qui transparaît dans la manière dont le droit traite ou refuse de traiter la relation virtuelle. La conception juridique des relations entre les personnes porte manifestement préjudice à certaines catégories de la population.

1. Tout ce qui n'est pas défendu est permis...

1.1. La protection pénale des mineurs

Des limitations à la liberté de communication sur internet existent à travers la répression pénale. Celle-ci n'entre en jeu, en principe, que lorsqu'il s'agit de défendre des valeurs considérées comme socialement plus importantes que celles qui n'appellent qu'une sanction civile³. Elles n'ont nullement été créées pour réglementer directement la relation virtuelle, mais peuvent s'y appliquer.

2 Voir spécialement Saint THOMAS, *Somme théologique*, Ia IIae, qu.90, art.3; qu.92, art.2, qu.95, art.1^{er}, qu.96, art.5; KANT E. (1986), *Métaphysique des mœurs. Première partie. Doctrine du droit*, §§ D et E, tr. fr. par A. Philonenko, Paris, Vrin, pp. 105-107. Avant Kant, PUFFENDORF S. (1632-1694), différencie le droit de la morale par la contrainte sociale. Certains auteurs admettent cependant, à juste titre, la notion de «droit assourdi», et soulignent que la «sanction» qui s'attache à la norme peut n'être qu'un «effet sur la vie du groupe» qui a produit ce droit. L'absence de sanction au sens de mobilisation de la contrainte publique ne priverait pas la norme de son caractère juridique. Voir RIGAUX F. (1982), «Le droit au singulier et au pluriel», in *R.I.E.J.*, 9, p. 1.

3 «En principe», car nul n'ignore que l'on assiste à une inflation considérable de dispositions pénales depuis plusieurs décennies, ce qui contribue à leur dévalorisation. La sanction pénale vise des normes dont le respect concerne en principe la société tout entière. Les règles civiles concernent les rapports entre particuliers.

Les limites les plus drastiques et les plus évidentes sont spécifiques aux règles de protection des enfants, à travers diverses dispositions du Code pénal, pour la plupart insérées ou modifiées par la loi du 13 avril 1995 relative aux abus sexuels à l'égard des mineurs⁴ et par la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs⁵.

Si elles concernent des mineurs, des relations virtuelles peuvent en effet constituer des actes de proxénétisme ou y mener⁶, des actes d'incitation à la débauche ou à la prostitution d'un mineur de l'un ou l'autre sexe, ou l'infraction de diffusion d'emblèmes, objets, films, photos, diapositives ou autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant ou présentant des mineurs⁷. La loi punit aussi celui qui attente aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant la débauche, la corruption ou la prostitution d'un mineur, pour satisfaire les passions d'autrui⁸, ou celui qui aura assisté à la débauche ou à la prostitution d'un mineur⁹. Elle incrimine encore l'obtention, par la remise, l'offre ou la promesse d'un avantage matériel ou financier, de la débauche ou de la prostitution d'un mineur¹⁰. La publicité directe ou indirecte pour une offre de services à caractère sexuel, lorsque cette publicité s'adresse spécifiquement à des mineurs, est également réprimée¹¹. La loi pénale incrimine encore l'exposition, la vente, la location, la distribution, la diffusion ou la remise des emblèmes, objets, films, photos, diapositives ou autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant ou présentant des mineurs (y compris la création d'hyperliens)¹². Comme l'illustre régulièrement l'actualité, le fait

4 Le projet de loi entendait «apporter une réponse à la pétition relative à la lutte contre la pédophilie, qui a recueilli 350.000 signatures». (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 1994-1995, n° 1785/3, p. 2).

5 Cette fois, le projet est «l'une des conséquences évidentes des faits tragiques d'août 1996, dont on ne saurait oublier les enseignements». (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 695/009, p. 3).

6 Voir l'article 380, § 4, 4°, du Code pénal, qui n'utilise pas explicitement le vocable «proxénétisme», mais punit quiconque aura exploité, de quelque manière que ce soit, la débauche ou la prostitution d'un mineur.

7 Voir articles 379, 380, 380ter, 383 et 384 du Code pénal.

8 Voir l'article 379 du Code pénal.

9 Voir l'article 380, § 6, du Code pénal.

10 Voir l'article 380, § 4, 5, du Code pénal.

11 Voir l'article 380ter, § 1^{er}, du Code pénal.

12 Voir l'article 383bis, § 1^{er}, du Code pénal.

de posséder de la pornographie infantile peut également entraîner une condamnation pénale¹³.

La répression de ces infractions est, en pratique, difficile, parce que le lieu de leur commission est souvent malaisé à détecter, ou échappe à la loi belge quand il est situé à l'étranger. Des politiques criminelles internationales ont toutefois été mises en place. Notons à cet égard qu'un protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, a été proposé à la signature des États et est entré en vigueur le 18 janvier 2002. Il a été ratifié par la Belgique. Les considérants de ce traité visent « l'offre croissante de matériels pornographiques mettant en scène des enfants sur l'internet et autres nouveaux supports technologiques », et rappellent que, dans ses conclusions, la Conférence internationale sur la lutte contre la pornographie impliquant des enfants sur l'internet, tenue à Vienne en 1999, a notamment demandé la criminalisation dans le monde entier de la production, la distribution, l'exportation, l'importation, la transmission, la possession intentionnelle et la publicité de matériels pornographiques impliquant des enfants, et a souligné l'importance d'une coopération et d'un partenariat plus étroits entre les pouvoirs publics et les professionnels de l'internet. Il y a dix ans, on estimait déjà à plus de 30 000 les sites « pédophiles », sur un total estimé alors à 4,3 millions de sites¹⁴.

1.2. La protection pénale, administrative ou civile des personnes majeures

Les adultes font en principe ce qu'ils veulent à travers la communication numérique, sauf sur les lieux de travail¹⁵. Toutefois, les lois pénale, administrative et civile imposent des limites à certaines pratiques, ou tentent de le faire.

13 Voir l'article 383bis, § 2, du Code pénal.

14 Voir AFTAB P. (2000), *The Parent's Guide to Protecting Your Children in Cyberspace*, Columbus, McGraw-Hill.

15 Il n'y a pas lieu, dans le cadre du thème assigné à cette communication, d'approfondir l'aspect particulier de l'usage des nouvelles technologies sur les lieux du travail. Il pose les questions notamment du respect de la vie privée par l'employeur, de son droit de contrôle sur les activités du travailleur et de l'incidence d'éventuels abus sur le licenciement.

a) La loi pénale : proxénétisme, incitation à la débauche, bonnes mœurs...

On pourrait imaginer des faits de proxénétisme commis à travers internet, ou par SMS, offrant les services de personnes adultes cette fois. De telles propositions sont constitutives d'infractions. La loi incrimine en effet le fait d'embaucher, entraîner, détourner ou retenir, en vue de la débauche ou de la prostitution, même de son consentement, une personne majeure, pour satisfaire les passions d'autrui. Elle punit celui qui aura, de quelque manière que ce soit, exploité la débauche ou la prostitution d'autrui¹⁶.

Les personnes majeures peuvent se prostituer si elles le décident librement, depuis que la loi du 21 août 1948 a supprimé la réglementation officielle de la prostitution et a dépénalisé celle-ci. « Faire savoir » que l'on se prostitue est toutefois un délit aux yeux de la loi belge. Ainsi, la publicité pour une offre de services à caractère sexuel, lorsque ces services sont fournis par un moyen de télécommunication, est sanctionnée par l'article 380ter, § 2, du Code pénal. Faire connaître qu'on se livre à la prostitution, qu'on facilite la prostitution d'autrui ou qu'on désire entrer en relation avec une personne se livrant à la débauche est une infraction visée par l'article 380ter, § 3, du même code. De multiples sites internet pourraient en principe tomber sous le coup des sanctions prévues.

Dans un autre domaine, on peut sans peine constater la diffusion en ligne d'images parfois manifestement choquantes. Or, l'outrage public aux mœurs est visé par l'article 383 du Code pénal et vise, dans son vocabulaire anachronique, l'exposition, la vente, la distribution de chansons, pamphlets ou autres écrits imprimés ou non, de figures ou d'images contraires aux bonnes mœurs. Les « bonnes mœurs » constituent une notion juridique classique, dite « à contenu variable », mobilisée par le juge, le cas échéant, pour justifier sa décision. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 8 novembre 2006, affirmant appliquer le principe d'appréciation évolutive des

16 Voir l'article 380, § 1^{er}, du Code pénal qui punit :

« 1° quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura embauché, entraîné, détourné ou retenu, en vue de la débauche ou de la prostitution, même de son consentement, une personne majeure ou quiconque ;

2° quiconque aura tenu une maison de débauche ou de prostitution ;

3° quiconque aura vendu, loué ou mis à disposition aux fins de la prostitution des chambres ou tout autre local dans le but de réaliser un profit anormal ;

4° quiconque aura, de quelque manière que ce soit, exploité la débauche ou la prostitution d'autrui. »

« bonnes mœurs », a condamné des prévenus qui avaient diffusé sur internet des images de relations sexuelles avec des chiens, « offensant gravement la pudeur du citoyen moyen ».

La toile fourmille d'images qui pourraient manifestement être considérées comme contraires aux bonnes mœurs, mais ces diffusions demeurent en fait impunies tant qu'elles ne concernent pas des mineurs. C'est que le ministère public ne peut, dans bien des cas, poursuivre ces infractions dont la localisation se trouve souvent à l'étranger, et en général ne le veut guère, même lorsque des poursuites seraient possibles. La jurisprudence publiée est en tout cas bien maigre. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, mentionné ci-dessus, les poursuites n'avaient pas été décidées d'office par le parquet, mais provoquées par la constitution de partie civile d'une association de défense des animaux...

Notons encore, dans un genre plus éloigné de la question des bonnes mœurs, que la relation virtuelle pourrait, selon le cas, être constitutive de harcèlement¹⁷, d'injures¹⁸ ou d'une atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes¹⁹.

b) *La loi administrative : la réglementation du courtage matrimonial*

La relation virtuelle peut tendre à la rencontre et se fonder sur l'intention de créer un mariage ou une union plus ou moins stable. Maints sites de rencontre sont d'accès payant. Le législateur a, par le passé, tenté de limiter certaines pratiques abusives en la matière, par

17 Article 442bis du Code pénal :

« Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs, ou de l'une de ces peines seulement. Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée. »

18 Article 448, alinéa 1^{er}, du Code pénal :

« Quiconque aura injurié une personne soit par des faits, soit par des écrits, images ou emblèmes, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 344, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux mois et d'une amende de vingt-six francs à cinq cents francs, ou d'une de ces peines seulement. »

19 Article 443, alinéa 1^{er}, du Code pénal :

« Celui qui, dans les cas ci-après indiqués, a méchamment imputé à une personne un fait précis qui est de nature à porter atteinte à l'honneur de cette personne ou à l'exposer au mépris public, et dont la preuve légale n'est pas rapportée, est coupable de calomnie lorsque la loi admet la preuve du fait imputé, et de diffamation lorsque la loi n'admet pas cette preuve. »

la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial. Le but de cette législation était de mettre fin aux annonces matrimoniales qui sont en fait des offres de services sexuels d'agences spécialisées, de contrôler l'effectivité des services rendus par les courtiers, de contrôler les prix souvent élevés des contrats ou les conditions de la rupture des conventions qui entraînait le paiement de dommages et intérêts souvent importants²⁰.

Le courtage matrimonial, selon cette législation, est toute activité consistant à offrir, moyennant rémunération, des rencontres entre personnes, ayant pour but direct ou indirect la réalisation d'un mariage ou d'une union stable (art. 1^{er}). La loi prévoit l'enregistrement des courtiers auprès du ministère des affaires économiques et précise les mentions obligatoires des annonces : le sexe, l'âge, la situation familiale, le secteur d'activité professionnelle et le lieu de résidence de la personne concernée ainsi que les qualités de la personne recherchée par elle. L'offre de rencontres ne peut concerner que des personnes majeures ayant effectué une demande en vue d'un mariage ou d'une union stable. Toute offre faite à un client déterminé, moyennant rémunération, doit faire l'objet d'un contrat écrit portant diverses mentions précisées par la loi. Sa durée est réglementée, ainsi que sa résiliation éventuelle. Le paiement du prix doit être échelonné. En application de la loi du 9 mars 1993, un arrêté royal a été pris le 18 novembre 2005, qui définit le contrat type obligatoire auquel l'entreprise de courtage ne peut apporter aucune modification d'ordre, de forme ou de contenu²¹. En outre, toute disposition ajoutée qui serait de nature à supprimer ou réduire les droits du consommateur est interdite et frappée de nullité.

En pratique, cette loi à vocation protectrice des personnes vulnérables sur le plan affectif ou social ne rencontre plus ses objectifs parce qu'elle n'a nullement été conçue pour s'appliquer aux sites de rencontre sur internet. La plupart de ceux-ci sont au surplus localisés à l'étranger et interviennent dans un marché matrimonial de plus en plus international.

20 Doc. parl., Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 81/6, pp. 2-3.

21 Monit., 14 décembre 2005.

c) *La loi civile: l'obligation de fidélité des conjoints*

Les relations virtuelles peuvent se muer en relations amoureuses ou érotiques, c'est évident. Or, si l'internaute est marié, il doit légalement fidélité à son conjoint²². La relation virtuelle peut-elle, en pareille hypothèse, violer ce devoir? La réponse est négative. Si la loi, en effet, ne définit pas la fidélité, la jurisprudence a toujours considéré qu'elle renvoie à l'interdiction de l'adultère («se tourner vers quelqu'un d'autre», *ad alterum, ad alteram*) ou de relations laissant supposer l'adultère²³. L'adultère a toutefois, en droit, une signification limitée, voire étriquée. Il implique l'existence de relations sexuelles physiques, hétérosexuelles ou homosexuelles, avec une personne autre que son conjoint²⁴. Or, on ne conçoit pas ce type de relation par écrans d'ordinateurs interposés. Le «cyberadultère» est impossible.

Des relations virtuelles avec d'autres personnes que le conjoint, éventuellement non constitutives d'adultère au sens juridique, pouvaient aussi, avant la réforme du divorce par la loi du 27 avril 2007, constituer des injures graves au sens de l'article 231 ancien du Code civil²⁵. La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce a toutefois aussi abrogé le divorce pour injures graves.

On en est réduit à rechercher les éventuelles sanctions indirectes d'un comportement injurieux ou blessant pour le conjoint.

22 Article 213 du Code civil: «Les époux (...) se doivent mutuellement fidélité (...)».

23 Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, I, 527. La relation homosexuelle peut être constitutive d'adultère, ce qui va de soi depuis que le mariage homosexuel est admis. La répression pénale de l'adultère a heureusement disparu depuis une loi du 20 mai 1987, lorsque le législateur a admis que la violation de l'obligation de fidélité ne regarde pas – ou plus – l'ordre public. La sanction civile de l'infidélité à travers le divorce «pour cause d'adultère» a elle aussi disparu depuis la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce.

24 Voir LELEU Y.-H. (2005), *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, n°346-347. L'obligation de fidélité persiste en cas de séparation de fait ou de séparation judiciairement autorisée, même si celle-ci existe depuis plusieurs mois ou plusieurs années, ce qui rend très artificielle la constatation de manquements dans un tel contexte. L'exception d'inexécution en cas d'infidélité de la part d'un époux n'est pas admise, ce qui veut dire que l'infidélité de l'un n'autorise pas l'infidélité de l'autre.

25 Cette disposition, remontant au Code civil de 1804, était libellée ainsi: «Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre.»

Des relations entre adultes avec un tiers virtuel pourraient, selon leur nature, servir de base à une demande en divorce si l'époux victime de l'infidélité virtuelle de son conjoint peut établir que celle-ci a rendu raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci²⁶. Notons au passage que, dans la logique de la nouvelle loi, rien n'empêcherait théoriquement l'auteur de la relation en question d'invoquer lui-même celle-ci pour obtenir le divorce²⁷.

Un époux pourrait aussi quitter l'autre en raison d'une «cyberliaison» qu'il entretient ou qu'il subit, et demander ensuite le divorce sur la base du temps de séparation écoulé, ou du temps qui sépare les audiences du tribunal saisi de la demande en divorce, qui varie selon que le divorce est demandé unilatéralement (un an) ou qu'il est demandé conjointement ou du moins accepté par le défendeur (six mois)²⁸. Dans ce cas toutefois, c'est la séparation ou la procédure elle-même qui prouve la désunion irrémédiable, pas la relation avec le tiers virtuel qui ne sera même pas évoquée devant le tribunal et qui n'est peut-être que l'occasion de la désunion ou un de ses avatars. À nouveau, l'auteur de la relation pourrait lui-même décider de divorcer de cette manière, en invoquant son propre comportement. On ne peut plus parler de sanction de la violation des devoirs du mariage, mais tout au plus de conséquence.

Un autre effet juridique, indirect et éventuel, pourrait être attaché au comportement de l'auteur d'une liaison virtuelle entretenue pendant le mariage. Il pourrait se voir refuser une pension alimentaire après divorce, à charge de son ex-conjoint. À l'issue d'un débat spécifique, le tribunal du divorce, ou, si la demande est formulée plus tard, le juge de paix, peut refuser de faire droit à la demande de pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis une

26 Article 229, § 1^{er}, nouveau, du Code civil:

«Le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux. La preuve de la désunion irrémédiable peut être rapportée par toutes voies de droit.»

27 Voir FIERENS J. (2008), «Le divorce pour cause de désunion irrémédiable», in Gallus N. (coord.), *Le nouveau droit du divorce (loi du 27 avril 2007)*, Répertoire notarial, intercalaire, pp. 13-29; du même (2007), «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke», in *Droit de la famille*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, coll. Recyclage en droit, 2, pp. 3-56.

28 Voir l'article 229, § 3, nouveau, du Code civil.

faute qui doit cumulativement être grave et avoir rendu impossible la poursuite de la vie commune²⁹. Selon l'auteur du projet de loi qui a mené à la réforme du divorce, la jurisprudence sera amenée, pour apprécier l'existence d'une telle faute, à s'inspirer du catalogue des « excès, sévices et injures graves » de l'ancien article 231 du Code civil. Or, nous l'avons vu, une relation virtuelle avec un tiers aurait pu constituer une cause de divorce pour injures graves sous l'empire de l'ancienne loi. On est, cette fois, dans une logique de sanction.

Le régime de la pension après divorce revient cependant logiquement à dire que la relation injurieuse commencée « après » la cessation de la vie commune n'a pas d'incidence, puisqu'elle ne saurait avoir provoqué la rupture, même si, en principe, l'obligation de fidélité perdure jusqu'à la dissolution du mariage. Il faudrait au surplus, pour que l'époux « coupable » puisse être privé d'une pension après divorce, qu'il y ait droit en principe, c'est-à-dire que les autres conditions d'obtention soient remplies. Il doit en avoir besoin, les revenus et possibilités des conjoints doivent la rendre possible et une dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire potentiel doit être constatée³⁰.

Enfin, pour être complet, il convient de mentionner qu'en principe rien n'empêcherait un conjoint de réclamer des dommages et intérêts à l'auteur d'une « cyberrelation » offensante, à charge pour lui d'établir que le comportement de l'autre est constitutif de faute au regard des obligations du mariage, et de prouver l'existence d'un dommage en relation avec cette faute.

29 Article 301, § 2, alinéa 2, nouveau, du Code civil : « Le tribunal peut refuser de faire droit à la demande de pension si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune. »

30 L'article 301, § 3, nouveau, du Code civil porte : « Le tribunal fixe le montant de la pension alimentaire qui doit couvrir au moins l'état de besoin du bénéficiaire. Il tient compte des revenus et possibilités des conjoints et de la dégradation significative de la situation économique du bénéficiaire. Pour apprécier cette dégradation, le juge se fonde notamment sur la durée du mariage, l'âge des parties, leur comportement durant le mariage quant à l'organisation de leurs besoins, la charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci. Le juge peut décider le cas échéant que la pension sera dégressive et déterminer dans quelle mesure elle le sera. La pension alimentaire ne peut excéder le tiers des revenus du conjoint débiteur. »

2. Quelle image à travers les pixels du Code ?

2.1. L'individu libéral

Nous venons de voir que les relations virtuelles ne sont explicitement sanctionnées par le droit – plus théoriquement qu'effectivement – que si elles compromettent l'intégrité des mineurs ou sont jugées contraires aux bonnes mœurs.

La répression des actes qui mettent en danger les enfants ou leur nuisent gravement se justifie sans aucun doute, même si bien des questions demeurent – mais il en est ainsi depuis des siècles – sur l'efficacité d'une réponse sociale en termes de condamnation et d'emprisonnement ou d'amende.

Quant aux relations blessantes pour le conjoint, elles ne sont que très indirectement prises en considération par la loi, au point que le droit civil du mariage peut être soupçonné d'installer une distance suspecte entre ce qu'il ordonne et ce qu'il encourage. Il persiste à affirmer que les époux se doivent fidélité mais ne tire plus les conséquences qui devraient s'attacher à la violation de ce devoir. On peut penser qu'il est préférable qu'il en soit ainsi, au nom du droit au respect de la vie privée ou au nom de la recherche de procédures de divorce moins contentieuses qu'auparavant, mais il reste que l'absence de sanction juridique indique que la relation de fidélité échappe aujourd'hui globalement à l'emprise de la norme, à quelques exceptions près. Le mariage est par ailleurs devenu le seul contrat dont la résolution fautive ne peut être poursuivie en justice³¹. Il convient d'en déduire qu'en ce qui concerne les relations entre adultes, l'état actuel du droit belge autorise la « cyberrelation », même lorsqu'elle existe entre une personne mariée et un tiers et qu'elle inclut une charge affective ou sexuelle importante.

On peut aller plus loin encore et se demander si l'ordonnancement juridique « n'encourage » pas la relation avec le tiers virtuel. C'est que ce type de lien social correspond bien à l'image du sujet de droit qui soutient notre système légal, et globalement celui de toutes les démocraties contemporaines. L'individu « cyberrelationnel », le surfeur, le « chatteur »

31 Voir FIERENS J. (2007), « La quadrature de la faute dans le cercle du divorce », in *Journal des tribunaux*, numéro spécial 125 ans, pp. 336-337.

renvoient en effet au modèle de l'individu créé par le libéralisme³². Il faut entendre ce dernier non pas au sens strictement politique, ni au sens étroitement économique – quoique les liens entre le droit, y compris le droit civil ou pénal, et l'économie soient évidents –, mais au sens philosophique d'une interprétation de l'humain et de la société, d'une conception du monde, d'une *Weltanschauung*. Entendons le libéralisme, ainsi que le fait *Le Grand Robert*, comme la doctrine selon laquelle la liberté économique, le libre jeu des « lois naturelles » (libre concurrence, liberté d'entreprise, libre circulation) ne doivent pas être entravés par une intervention autoritaire.

Une telle vision du monde prône la libre concurrence des personnes, renforce spectaculairement l'individualisme, accorde une importance majeure au bénéfice privé et immédiat (quitte à l'appeler « épanouissement personnel »), a tendance à contractualiser toutes les relations sociales (les relations familiales, les liens sociaux au sens large à travers les multiples modalités du « contrat social », du « contrat d'avenir », du « contrat d'intégration », du « contrat pédagogique »). Il encourage la diversité sociale, il prône l'internationalisation des relations nécessaires à son épanouissement, il insiste sur l'importance de la mobilité, il n'admet l'intervention publique qu'en cas de nécessité absolue. Il a confiance dans l'équilibre « naturel » des satisfactions et des frustrations³³.

Or, la relation avec un tiers virtuel correspond très bien à cette vision libérale. Elle constitue ainsi une forme de mise en concurrence de ce tiers et du conjoint ou du partenaire éventuels, ou de plusieurs tiers entre eux ; elle n'est pas exclusive (loin s'en faut, les relations virtuelles simultanées avec divers interlocuteurs sont sans doute légion...) ; elle se noue rapidement ; elle est de nature contractuelle ; elle est censée apporter un bénéfice privé immédiat ; elle est résiliable sur-le-champ en cas d'insatisfaction ; elle est variable et variée ; elle est volontiers internationale ; elle n'admet, comme on l'a vu, qu'une intervention très subsidiaire de la loi.

32 Voir FIERENS J. (2008), « Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge », in *Journal du droit des jeunes*, 278, pp. 23-31 ; RENCHON J.-L. (2009), « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in Fulchiron H. (dir.), *Mariage – conjugnalité. Parenté – Parentalité*, Paris, Dalloz, pp. 209-236.

33 Pour cerner les traits du libéralisme en tant que doctrine philosophique et économique, je me suis inspiré assez librement de VERGARA F. (1992), *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*, tr. fr., Paris, La Découverte, et de SANDEL M. (1999), *Le libéralisme et les limites de la justice*, tr. fr., Paris, Seuil.

Le tiers virtuel incarne – si l'on ose risquer ce paradoxe –, mieux que tout autre, ces valeurs libérales qui ont pénétré le droit familial également. Il correspond mieux qu'un tiers réel à l'individu tel que le conçoit le législateur, et surtout mieux qu'un homme ou qu'une femme mariés. Il correspond au type d'individu et au type de famille accordés aux conceptions économiques dominantes. En amours comme dans la vie économique et professionnelle, le destinataire de la norme doit apprendre à être mobile, s'adapter sans cesse, accepter que le changement est préférable à la durée...

Au cours des dernières décennies, notre droit a étayé les conditions de la mobilité affective (ou de la polygamie successive), dont la rencontre virtuelle est une modalité. L'obligation de fidélité, comme on l'a vu, n'est plus sanctionnée qu'indirectement et aléatoirement, le mariage civil a perdu sa signification sociale déjà incertaine, le divorce est statistiquement fréquent, très rapide et voulu comme tel. Pour justifier la dernière réforme en la matière, qui pourrait se résumer à la suppression du divorce pour faute, à la facilitation et à l'accélération des procédures, la ministre de la Justice de l'époque n'a-t-elle pas affirmé que « Le mariage est un contrat au jour le jour »³⁴ ? Une telle assertion est bien sûr fautive socialement autant que juridiquement. L'expérience révèle que les personnes se marient précisément pour inscrire leur projet de vie dans la durée, au-delà du quotidien. L'obligation de fidélité est maintenue dans la loi, le constat d'adultère demeurant même possible³⁵. La ministre exprimait toutefois adéquatement la perception du mariage qui sous-tend en réalité la réforme.

2.2. N'est pas libéral qui veut

Le libéralisme, pourtant, favorise les forts au détriment des faibles. L'égalité libérale n'est pas conçue comme égalité de redistribution, mais comme égalité de chances. Les théoriciens de cette conception du lien social l'ont parfois eux-mêmes clairement aperçu³⁶. Ce n'est pas sans

34 Projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl., Ch.*, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 6.

35 Bien que la réforme vise à rendre les divorces moins conflictuels, l'article 1016bis du Code civil, qui devrait être considéré comme une pratique incompatible avec le respect de la vie privée, n'a pas été abrogé.

36 Jean de Sismondi, qui se déclarait disciple d'Adam Smith, écrit en 1819 que « la société libérale ne peut durer que si toutes les classes sont dans l'aisance » (*Nouveaux*

raison que les plus fidèles ennemis du libéralisme ont été le babouvisme, puis le socialisme dans ses multiples variations³⁷, qui cherchaient une égalité réelle et non formelle. Ceux qui font et pensent le droit – singulièrement le droit de la famille –, que ce soit les ministres et les membres de leur cabinet, les députés, les sénateurs, les juges ou les professeurs de droit, appartiennent à de rares exceptions près à un milieu social aisé où l'individualisme est non seulement davantage prisé, mais davantage possible que dans les milieux moins favorisés ou issus de cultures différentes.

De nombreux adultes n'ont pas, en fait, étant données les conditions dans lesquelles ils vivent et les menaces qui pèsent sans cesse sur leur bien-être, la possibilité de se marier avec qui ils veulent, d'organiser leur séparation temporaire ou définitive, de choisir un autre partenaire, de contractualiser leurs relations avec autrui dans une position d'égalité. À cause de la célèbre « fracture numérique », les personnes socialement défavorisées sont aussi le plus souvent exclues de la relation virtuelle. Dès lors, le droit qui s'y applique et l'image de l'individu qu'il porte ne les concernent pas. Faut-il rappeler que le nombre de personnes pauvres en Belgique est estimé à environ 1,5 million ou 14,7 % des habitants du pays ? 6,8 % de la population, dont 20,9 % des personnes pauvres déclarent ne pas pouvoir acquérir un ordinateur³⁸.

Faut-il aussi rappeler que plus d'un dixième de la population, immigrée ou d'origine immigrée, ne conçoit nullement les liens familiaux

Principes d'économie politique ou De la richesse dans ses rapports avec la population, Paris, Delaunay, 1819).

37 On entend à nouveau socialisme au sens d'une vision du monde, de l'individu, de la société, et non au sens politicien. Soit dit en passant, maintes réformes juridiques typiquement libérales ont été engagées en Belgique par des ministres socialistes, à commencer par la réforme du divorce. En droit de l'aide sociale, c'est une ministre PS qui a introduit notamment le principe de la contractualisation de la relation entre l'ayant-droit et le CPAS, au préjudice du respect de la dignité humaine, consacré pourtant comme référence première de l'aide sociale en 1976 (voir la loi du 12 janvier 1993 « contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire »). La réforme de la loi instituant un minimum de moyens d'existence, qui a abouti à la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale et qui intègre les exigences de l'économie de marché davantage que la protection des plus démunis, a été portée politiquement par un ministre SPA (parti socialiste flamand).

38 SPF Economie, Direction générale Statistique et Information économique, Communiqué de presse du 14 mars 2008, http://statbel.fgov.be/press/pr117_fr.pdf/ (consulté en juillet 2009). Selon cette source, « être pauvre » signifie devoir vivre avec moins de 860 € par mois pour une personne seule et 1805 € par mois pour une famille avec deux enfants.

comme le législateur belge contemporain, qui n'en tient guère compte, persuadé de la justesse de son point de vue culturel ?

Une autre partie encore de la population n'est pas constituée de personnes fortes, capables de toucher par elles-mêmes les dividendes du libéralisme : les enfants. Ce n'est donc pas par hasard que les limites juridiques les plus réelles et les moins ineffectives les concernent directement. Le système libéral, toutefois, résiste à reconnaître que l'enfant n'est pas un individu libéral. Il a tendance à considérer le mineur comme un mini-adulte capable d'exercer sa volonté de manière autonome.

Bref, que nous dit le droit applicable à la relation avec le tiers virtuel ? *Laissez faire, laissez passer* tout, ou presque. Vous serez ainsi des individus heureux devant l'écran de votre ordinateur. Mais vous y serez sans doute bien plus seuls que vous le croyez.

Résumé

Dans une première partie, l'auteur souligne que le droit belge n'intervient en théorie dans la relation virtuelle que si l'intégrité des enfants est en jeu, ou si les « bonnes mœurs » sont menacées. En pratique, les interventions autoritaires n'existent quasiment que dans le premier cas, sous forme de poursuites pénales.

Les personnes non mariées font en principe ce qu'elles veulent à travers la communication numérique, à quelques exceptions près. Les personnes mariées, quant à elles, se doivent légalement fidélité, mais cette notion a été réduite à l'exclusivité des relations physiques et le « cyberadultère » est impossible. La réforme du divorce a au surplus tenté d'évacuer toute notion de faute.

Dans une seconde partie, l'auteur se demande si le droit ne ment pas sur ses objectifs et sur ses qualités, comme le premier internaute venu. Le tiers virtuel et la manière dont la loi le traite révèlent ce que la règle juridique encourage en matière de relations de couple sans oser le dire tout haut : la libre concurrence des personnes et des modèles juridiques, la soumission aux lois du marché, l'individualisme, la mobilité, l'importance donnée au bénéfice privé, la contractualisation des relations, l'acceptation de la diversité sociale, la subsidiarité de l'intervention publique. Les tiers virtuel incarne – si l'on ose dire – mieux que tout autre ces valeurs implicites du droit familial, mieux qu'un tiers réel,

et surtout mieux qu'un homme ou qu'une femme mariés. Elles correspondent au type d'individu et au type de famille accordés aux conceptions économiques dominantes.

Mots-clés: sanctions juridiques – protection des enfants – bonnes mœurs – fidélité – libéralisme